

HOB0 P/O:

РЕШЕНИЕ

№ 13019

София, 11/04/2009

В ИМЕТО НА НАРОДА

Върховният административен съд на Република България - Седмо отделение, в съдебно заседание на двадесети октомври две хиляди и девета година в състав:

ПРЕДСЕДАТЕЛ: ВАНЯ АНЧЕВА

ЧЛЕНОВЕ: ТАНЯ ВАЧЕВА

ПАВЛИНА НАЙДЕНОВА

при секретар
на прокурора
от председателя

Анелия Станкова

ВАНЯ АНЧЕВА

по адм. дело № 9647/2009.

и с участието

изслуша докладваното

Производство по реда на чл. 145 и сл. от Административнопроцесуалния кодекс (АПК), във връзка с чл. 35, ал. 2 от Закона за електронните съобщения (ЗЕС).

Образувано е по жалба на "Телевизия Европа" АД, със седалище и адрес на управление в гр. София, община Възраждане, ул. "Позитано" № 30, представлявана от изпълнителния директор Иван Кимонов Кацарски, срещу решение № 481 от 26.05.2009 г. на Комисията за регулиране на съобщенията, с което в полза на "ТВ Седем" ЕАД е издадено разрешение № 01426/26.05.2009 г. за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали в град София за канал № 48.

Релевирайки доводи за незаконосъобразност на решението, като постановено в противоречие с материалния закон и установените административнопроизводствени правила, жалбоподателят претендира неговата отмяна.

Ответникът – Комисията за регулиране на съобщенията (КРС/Комисията), чрез процесуалния си представител оспорва жалбата по същество и прави искане същата да бъде отхвърлена.

Заинтересуваната страна "ТВ Седем" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, ул. "Джеймс Баучер" № 100, чрез процесуалните си представители, оспорва жалбата.

Върховният административен съд, намира жалбата за подадена в срок, от лице, имащо активна процесуална легитимация и правен интерес от оспорването, срещу подлежащ на съдебен контрол административен акт, поради което я приема за допустима.

Прогласеното с чл. 120, ал. 2 на Конституцията право на гражданите и юридическите лица да обжалват всички административни актове, които ги засягат, освен изрично посочените със закон, принадлежи на засегнатите от тези актове субекти, доколкото последните имат пряк, личен и непосредствен интерес. Поначало засегнати са онези лица, които са носители на материалноправни последици от решаването на спора, респ. в чиято правна сфера рефлектира неблагоприятно порочния административен акт, а "засягането" е условие за възникване на процесуалния правен интерес от съдебно обжалване.

Анализът на характера и съдържанието на обективизираното в решение № 481/26.05.2009 г. на КРС

властническо волеизявление, както и основанията за неговото постановяване налагат извод, че предоставяйки ползването на телевизионен канал № 48 за територията на град София на "ТВ Седем" ЕАД, актът осуетява упражняването на субективните права на останалите оператори - кандидати за издаване на временно разрешително в хипотезата на § 5 от ПЗРЗЕС, следователно ги "засяга" по смисъла на цитираната Конституционна разпоредба. След като "Телевизия Европа" АД е подала заявление за издаване на разрешение за ползване на същия канал и искането не е удовлетворено, нито пък регулаторът е постановил по него изричен акт с негативно съдържание (който би бил предмет на самостоятелен съдебен контрол), решението за предоставяне на честотата като израз на изпълнително - разпоредителната дейност на КРС е финализиращият производството по § 5 от ПЗРЗЕС административен акт. Това обстоятелство легитимира и процесуалноправния интерес на участниците в процедурата от търсената съдебна защита (Арг.: чл. 147, ал. 1 от АПК).

За да се произнесе по същество съдът взе предвид следното:

Обществените електронни съобщения подлежат на регистрационен режим, освен ако за осъществяването им е необходим индивидуално определен ограничен ресурс, какъвто е и радиочестотният спектър за наземно излъчване на телевизионни програми, в който случай режимът е разрешителен - чл. 64, чл. 66, чл. 67 и чл. 79, във вр. § 1, т. 43 ЗЕС.

Съгласно разпоредбата на § 5, ал. 2 от ПЗРЗЕС (Обн., ДВ, бр. 17/2009 г.) до издаване на разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно цифрово радиоразпръскване с национален обхват по реда на този закон КРС може да издава на регистрирани по реда на Закона за радиото и телевизията (ЗРТ) телевизионни оператори разрешения за ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър, който не е предоставен по реда на § 9а от ПЗРЗРТ. С алинеи 3-та и 4-та е предвидено, че разрешенията се издават по ред, определен в Правила, приети от КРС, след получаване на положително становище от Съвета за електронни медии (СЕМ). Самите разрешения за индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за аналогово наземно телевизионно разпръскване се издават до 31 декември 2008 г. за максимален срок до 31 декември 2012 г. (ал. 1-ва).

Цитираното нормативно предписание налага извод, че с § 5 от ПЗРЗЕС законодателят е предвидил еднократна и поради това изключителна възможност КРС да издава на регистрирани по реда на ЗРТ телевизионни оператори разрешения за ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър. Това става в отклонение от предписанието на чл. 81 от ЗЕС по процедура, предвидена за временно ползване на свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър до издаването на разрешение за цифровото радиоразпръскване с национален обхват. Разрешението се издава след получаване на положително становище от СЕМ по ред, определен в Правила, приети от водещия производството орган - КРС. Така издаваните разрешения са конститутивни индивидуални административни актове, посредством които Комисията учредява субективно право на конкретни правни субекти да извършват дейност, контролирана от Държавата и чието правно действие е обвързано с прекратителен срок (в хипотезата на § 5, ал. 1 от ПЗРЗЕС) или прекратително условие (в хипотезата на § 5, ал. 5 от ПЗРЗЕС).

Въз основа на законовата делегация по § 5, ал. 3 от ПЗРЗЕС, с Решение № 362 от 14.04.2009 г. (Обн., ДВ, бр. 30 от 21.04.2009 г., в сила от 21.04.2009 г.), Комисията е приела Правила за реда за издаване на разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали, наричани за краткост по-долу "Правилата". Актът съдържа изискванията към кандидатите (Глава втора, чл. 5) и регламентация на процедурата по издаване на разрешенията (Глава трета, чл. 6 - чл. 10). Според предвижданията

на чл. 10, ал. 1, в случай че броят на лицата, които отговарят на условията за издаване на разрешение, е по-голям от наличния свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за съответното населено място, Комисията издава разрешение на лицето, което притежава регистрация по чл. 2 с общ (политематичен) профил и е с по-добри показатели по чл. 6, ал. 2, т. 6 и т. 8 (приходи от реклама от телевизионна дейност за последната една година и наличието на закупена или наета техника за осъществяване на дейността).

Съгласно § 1 от ПЗР на Правилата, Комисията е публикувала на страницата си в Интернет информация за наличния свободен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали (л. 30). За град София са обявени два свободни канала - № 43 и № 48.

В изпълнение на предписанията на чл. 6 от Правилата, "ТВ Седем" ЕАД е подало заявление с вх. № 08-01-537/7.05.2009 г. за издаване на разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронни съобщителни мрежи за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали за територията на град София на телевизионен канал № 48 и № 43. Към заявлението е приложена документацията, визирана в чл. 6, ал. 2 от Правилата.

"Телевизия Европа" АД е депозирала заявление с вх. № 08-01-465/7.05.2009 г. за издаване на разрешение за ползване на двата налични канала за град София - № 48 и № 43. За същите канали заявления са подали още 9 оператора (л. 9).

Със заповед № РД-11-49/30.04.2009 г. на председателя на КРС е определена работна група, която да направи преглед на всички подадени заявления и приложените към тях документи за съответствието им с Правилата. След обобщение на данните от проверката, работната група е депозирала доклад с оформени в табличен вид резултати по отделните показатели и предложения за разпределение на наличния свободен ресурс по заявители за съответните населени места, съобразно разпоредбата на чл. 10 от Правилата.

С протокол № 30 от заседание, проведено на 26.05.2009 г. (раздел Б, т. 8), Комисията е приела доклада на работната група и решения за издаване на разрешения за ползване на индивидуално определения ограничен ресурс, съгласно приложение 1 към протокола. Докладът на работната комисия (л. 130) е административнопроизводствена предпоставка за решението на КРС по класирането - § 5, ал. 3 от ПЗРЗЕС и чл. 10 от Правилата, и като такава е пряко относим към доказването на степента на съответствие на всеки кандидат с обявените критерии.

Жалбоподателят не оспорва отразените в доклада изводи, в т.ч. относно релевантните за преценката показатели по чл. 6, ал. 2, т. 6 от Правилата, при което следва да се приеме, че формирането на крайната оценка на кандидатите е редовно.

По делото няма спор, че и двете страни удовлетворяват положителното условие на чл. 5, т. 1 от Правилата (притежават регистрация по ЗРТ с общ (политематичен) и с продължителност на програмата 24 часа) и съответстват на отрицателната предпоставка на чл. 5, т. 2 (не притежават разрешение за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс - радиочестотен спектър за осъществяване на електронни съобщения чрез електронна съобщителна мрежа за наземно аналогово радиоразпръскване на телевизионни сигнали с национално покритие или за населеното място, за което кандидатстват). След получаване на изискуемото се от § 5, ал. 4 от ПЗРЗЕС и чл. 8 - чл. 9 от Правилата положителното становище на СЕМ (писмо вх. № 04-09-71/19.05.2009 г., л. 67

и л. 71), работната група е отчела съответствието на представената от тези двама кандидати документация с изискванията на чл. 6, ал. 2, т. 6 - 8 от Правилата (таблица 1), и акцентирайки на двойно по-високите приходи от реклама от телевизионна дейност за 2008 година, е предложила разрешението за канал № 48 да бъде издадено на "ТВ Седем" ЕАД. С процесното решение № 481/26.05.2009 г. Комисията е издала в полза на заинтересуваната страна разрешение № 01426/26.05.2009 г. Вторият телевизионен канал за територията на град София не е предоставен. От данните по преписката е видно, че претенции за този честотен ресурс е заявила Българската национална телевизия за нуждите на регионална програма за град София (л. 125 - 128). Доколкото обаче канал № 43 е извън предмета на настоящото производство, предоставянето му не следва да бъде обсъждано.

При така установеното от фактическа страна, решение № 481 от 26.05.2009 г. на КРС е издадено от колективния специализиран държавен орган, в рамките на установените от чл. 30 от ЗЕС правомощия. Съгласно т. 11 на посочената разпоредба, Комисията издава и преустановява действието на временни разрешения за ползване на индивидуално определен ограничен ресурс. При осъществяване на властническите си правомощия по § 5 от ПЗР на ЗЕС, регулаторът действа в условията на алтернативна дискреция и проверявайки налице ли са материалноправните условия за извършване на дейността се произнася с решение, чрез която упражнява правото си на преценка между два алтернативни варианта - да откаже или да издаде съответния разрешителен акт.

Разпоредбата, както вече бе посочено по-горе, има ограничено правно действие и създава предпоставки за ефективно използване на свободни честоти за аналогово радиоразпръскване до момента, в който този честотен ресурс ще бъде предоставен по съответния законов ред за цифрово радиоразпръскване. Противно на доводите на жалбоподателя това не ограничава свободната конкуренция на пазара на този вид услуги. В този аспект с Решение № 3 от 4.06.2009 г. на КС по к.д. № 3/2009 г. (Обн. ДВ, бр. 45/2009 г.) е прието, че § 5 от ПЗРЗЕС не противоречи на чл. 19, ал. 1, 2 и 3 от Конституцията на Република България. Още повече, че регулаторната политика по презумпция включва използването на радиочестотния спектър в обществен интерес и съобразно законовите изисквания.

Неоснователно е твърдението за липса на годно правно основание за издаването на административния акт. Законовото основание, което е достатъчно за издаване на такова решение (§ 5, ал. 2 и ал. 3 от ПЗРЗЕС) представлява формално изискване към акта на КРС и е посочено правилно от органа. Решението съдържа наименованието на органа - автор на акта, самият акт също е наименован, адресиран е, посочени са правните и фактически основания за издаването му, т.е. налице са мотиви, съдържа разпоредителна част, като допуснатото предварително изпълнение замества изричното посочване на срок за изпълнението му, т.к. следва да се изпълни незабавно. Актът е датиран и подписан, с което изискванията на чл. 59, ал. 2 от АПК са удовлетворени. Оспореното решение е издадено при спазване на административнопроизводствените правила. Формулираното в него волеизявление не е типичен израз на регулаторните функции на административния орган - така, както са регламентирани в Глава пета, Раздел пети от ЗЕС; оттук и правилата за издаването му следва да се преценяват с оглед характера на производството и специфичната процедура за неговото провеждане. След като са обсъдени качествата на кандидатите за участие в предложената процедура и жалбоподателят не оспорва възприетите изводи относно приложените критерии по чл. 10, ал. 1 от Правилата, то КРС е издала решението си от необходимост да осъществи целта на производството и в изяснена фактическа обстановка. Противно на доводите на жалбоподателя, проведената процедура по § 5 ПЗРЗРТ не съставлява конкурс за аналогово лицензиране, компетентността на чието осъществяване е възложена на СЕМ - Арг: чл. 32, ал. 1, т. 14 и чл. 116 от ЗРТ.

Целта на обжалваното решение съответства на очертаните в чл. 4 от ЗЕС цели на закона и по-специално осигуряване възможност на потребителите да извличат максимална полза що се отнася до избора, цената и качеството на електронните съобщения, както и насърчаване ефективното ползване и управление на ограничените ресурси в защита на интересите на потребителите на далекосъобщителни услуги и на обществения интерес като цяло. Именно затова регулаторът е предпочел кандидатът с най-високи приходи от реклама от телевизионна дейност (т. 6, ал. 2, т. 6 от Правилата), като по този начин е заложил на зрителския рейтинг и обусловения от него пазарен дял на медията.

Не следва да бъдат коментирани формулираните в допълнения към жалбата от 13.07.2009 г. и от 20.10.2009 г. (л. 7 и л. 165) искания за отмяна на мълчалив отказ на КРС да издаде на "Телевизия Европа" АД "разрешение за осъществяване на телевизионна дейност за наземно телевизионно радиоразпръскване на територията на гр. София на един (който и да е) от двата свободни телевизионни канала, предмет на обявена сравнителна процедура за района на град София". Настоящото дело е образувано по жалба на това дружество срещу решение № 481 от 26.05.2009 г. на КРС, а петитумът на жалбата съдържа искане за отмяна на описания индивидуален административен акт като незаконосъобразен. Процесуално недопустимо е в хода на производството да се разширява предметният обхват на административноправния спор с въвеждане на нови искания, поради което при липсата на надлежно подадена жалба по чл. 150 от АПК срещу мълчалив отказ на КРС да се произнесе по заявление вх. № 08-01-465/7.05.2009 г. на "Телевизия Европа" АД (л. 18), съдът не е сезиран и не дължи постановяване на изричен диспозитив по претенция за отмяна на такъв акт.

На второ място: Заявлението на жалбоподателя за издаване на разрешение по § 5 от ПЗРЗЕС е депозирано на 7.05.2009 г., а оспорването на мълчаливия отказ на регулатора е извършено с молба от 13.07.2009 г. (л. 7 от делото) и то в рамките на образувано съдебно производство за проверка законосъобразността на решение № 481/26.05.2009 г. При това положение искането, дори и надлежно предявено, би било недопустимо поради просрочие (Арг.: чл. 149, ал. 2, във вр. с чл. 58 и чл. 57, ал. 5 и 7 от АПК). Оспорвайки волеизявления на КРС, различни от обективизираното в решение № 481/26.05.2009 г., дружеството - жалбоподател се опитва да преодолее изтеклите преклузивни срокове за защита на правата си по § 5 от ПЗРЗЕС.

На трето място: Предоставянето на телевизионен канал № 43 за територията на град София не е предмет на атакуваното решение и всички доводи в тази насока са ирелевантни за законосъобразността му. Защитата срещу отказ на КРС да предостави канал № 43 е следвало да се осъществи в отделно производство, различно от това за предоставянето на канал № 48.

Несъстоятелно е да се твърди, че процесният акт на регулатора съставлява произнасяне по предоставянето на целия наличен свободен ресурс за територията на град София, след като в съдържанието му е изрично посочена честотата, за която се издава.

Въз основа на изложените съображения, КРС се е произнесла с оспореното решение при упражняване и в рамките на своите правомощия. Спазени са формата и административнопроизводствените правила за издаването на акта. Така издаденото решение е законосъобразно от материалноправна страна и съответства на целта на закона, поради което и жалбата като неоснователна, следва да бъде отхвърлена. При този изход на спора и на основание чл. 143, ал. 3 от АПК в полза на заинтересуваната страна се дължат претендираните и надлежно доказани разноски в размер на 200 лева.

Водим от горното и на основание чл. 172, ал. 2, предл. последно от АПК, Върховният административен съд, седмо отделение,

РЕШИ:

ОТХВЪРЛЯ жалбата на "Телевизия Европа" АД, със седалище и адрес на управление в гр. София, община Възраждане, ул. "Позитано" № 30, срещу решение № 481 от 26.05.2009 г. на Комисията за

регулиране на съобщенията.

ОСЪЖДА "Телевизия Европа" АД, със седалище и адрес на управление в гр. София, община Възраждане, ул. "Позитано" № 30, да заплати в полза на ТВ Седем" ЕАД, със седалище и адрес на управление в гр. София, ул. "Джеймс Баучер" № 100, съдебни разноси в размер на 200 (двеста) лева.

Решението подлежи на обжалване с касационна жалба пред петчленен състав на Върховния административен съд в четиринадесетдневен срок от съобщаването му.

**Вярно с оригинала,
секретар:**

ПРЕДСЕДАТЕЛ:/п/ Ваня Анчева

ЧЛЕНОВЕ:/п/ Таня Вачева

/п/ Павлина Найденова